

342.4(84) 1988  
343.126(84)

## A prisão no curso do processo em face da nova Constituição

AFRÂNIO SILVA JARDIM (\*)  
Promotor de Justiça — RJ

Diversas são as normas da recente Constituição da República que apresentam algum reflexo no processo penal. Por falta de tempo para elaboração de um trabalho mais amplo, desejamos, por ora, nos fixar principalmente no artigo 5.º, inciso LVII, tendo em vista algumas interpretações jurisprudenciais que se nos afiguram equivocadas e graves.

Dispõe a nova Constituição no dispositivo acima citado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Já se encontram, na casuística forense, entendimentos de alguns poucos juízes no sentido de que a prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível estaria revogada pela mencionada norma constitucional. Mesmo que portador de maus antecedentes, o réu poderia apelar em liberdade, qualquer que fosse a pena fixada na sentença, estando revogado o artigo 594 do Código de Processo Penal.

Acreditamos que não se irá ao ponto de procurar vedar a aplicação das regras processuais que disciplinam a prisão provisória, que tem pressupostos próprios, inconfundíveis com a reprimenda penal. Ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional.

Entretanto, a questão se torna mais delicada acerca da prisão em decorrência da condenação, nada obstante a sua recorribilidade, tal qual disciplinada no referido art. 594 do Cód. de Proc. Penal. O problema se coloca de forma mais aguda para quem, como nós, sustenta não ter tal prisão a natureza cautelar, tratando-se de verdadeira execução provisória da pena, consoante sustentamos em extenso trabalho doutrinário intitulado “A prisão em decorrência de sentença penal condenatória

(\*) Livre-Docente em Direito Processual Penal pela UERJ; Professor de Direito Processual da Faculdade Cândido Mendes (Centro) e Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.

recorrível", publicado em nosso livro "Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres", Rio, Forense, 1987, 2.<sup>a</sup> edição, págs. 233/250.

Naquela oportunidade afirmamos que os maus antecedentes do réu retiram os efeitos suspensivos de sua eventual apelação, daí por que os efeitos da sentença penal condenatória se operam desde logo, nos termos do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal. Caso contrário, possuindo o recorrente bons antecedentes, sua apelação é dotada de efeito suspensivo, motivo pelo que, em razão da condenação, não poderá ser preso.

Tal entendimento em nada prejudica o réu, muito pelo contrário. Ao concebermos que a sua prisão, na hipótese estudada, não tem a natureza cautelar, mas sim de execução provisória da pena, permitimos que todos os benefícios da nova Lei de Execução Penal lhe sejam aplicados, inclusive a incidência imediata do regime aberto de cumprimento de pena, se assim estiver previsto na sentença, que já estará sendo executada. Para não nos alongarmos demais na explicação desta e de outras sedutoras questões, pedimos vênias ao leitor para remetê-lo ao ensaio acima aludido.

Nada obstante, não podemos deixar de reconhecer que a norma constitucional do artigo 5.<sup>o</sup>, inciso LVII, se apresenta como mais um elemento complicador. Dir-se-á: como poderá ser executada uma sentença condenatória antes do trânsito em julgado, se a Constituição da República veda que alguém seja presumido culpado antes da irrecorribilidade do título executivo penal?

A toda evidência, impõe-se interpretar corretamente o preceito constitucional invocado, seja no seu aspecto histórico, seja no seu aspecto sistemático. Neste particular, torna-se leitura obrigatória o trecho do excelente livro do prof. Weber Martins Batista, na parte que trata da chamada "presunção de inocência em favor do réu" ("Liberdade Provisória", Rio, Forense, 1981, págs. 26/34).

Note-se que a vedação à presunção de culpa, constante da nossa nova Constituição, nada mais é do que a forma mais apurada da impropriamente chamada presunção de inocência, que remonta à declaração de direitos francesa da Constituição de 1791, repetida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, em 1948, no seu artigo 11.

Refletindo sobre a evolução histórica da "cláusula" e procurando compreendê-la dentro do nosso sistema processual, acreditamos que a regra constitucional em exame não tem o indevido alcance que alguns, apressadamente, lhe outorgam, chegando ao ponto de negar vigência ao artigo 594 do Código de Processo Penal.

Se assim não fosse, por coerência, teríamos de reconhecer efeito suspensivo ao recurso extraordinário, nada obstante o disposto no artigo 637, *in fine*, do Código de Processo Penal. Da mesma forma deveria dispor a lei que viesse regulamentar o "recurso especial" criado pelo artigo 105, inciso III, da nova Constituição da República. Este entendimento, a par de violentar toda a nossa tradição processual, seria uma lástima, pois inviabilizaria, na prática, a tênue eficácia coercitiva do título executivo penal.

Na verdade, o que a nova Constituição proíbe é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha de provar a sua inocência, sob pena de condenação em razão de dúvida. Vale dizer, a presunção de não culpado faz com que o Ministério Público ou querelante tenham de alegar e provar cabalmente que o réu praticou uma infração penal, ou seja, uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável. Tal dispositivo constitucional vem reforçar o que já sustentávamos em outro estudo doutrinário denominado "O ônus da prova na

ação penal condenatória", publicado in "Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres", Rio, Forense, 1987, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 149/168.

Assim, não pode ter mais guarida o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que basta à acusação provar a tipicidade da conduta praticada pelo réu para que o mesmo seja condenado, nada obstante a dúvida razoável sobre uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, pois tal dirimente decorreria de fato alegado pela defesa. A dúvida sobre esta matéria defensiva não laboraria em favor do acusado, pois a tipicidade seria um indício da antijuridicidade, que seria presumida em face de ausência de prova em contrário. Agora, a expressa presunção de inocência faz com que o ônus probatório seja todo da acusação.

Este parece ser o exato e relevante campo de incidência da norma constitucional que veda a presunção de culpa antes do trânsito em julgado da condenação penal. Por isso mesmo, está revogado o artigo 408, § 1.<sup>o</sup>, do Código de Processo Penal, na parte que manda lançar o nome do réu, apenas pronunciado, no rol dos culpados.

A toda evidência, a vedação de se presumir culpa (sentido amplo) não impede possa ser ela afirmada na sentença condenatória, ainda que recorrível. É intuitivo. Aqui, o juiz nada estará presumindo, mas sim reconhecendo a responsabilidade penal do réu em face da prova livremente valorada, utilizando-se sempre do princípio *in dubio pro reo*, em caso de incerteza irremovível sobre fato relevante. Coisa diversa é o disciplinamento dos efeitos da sentença condenatória, que se relaciona com a sistemática recursal, tendo em vista a outorga ou não de efeito suspensivo a este ou aquele recurso, segundo critério de oportunidade e conveniência do legislador.

Assim, a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível não parte de uma presunção de condenação, mas decorre dos efeitos de uma sentença penal, que tem como demonstrado que o réu praticou a infração que lhe foi imputada na denúncia ou queixa. Para o juízo condenatório, não poderá o juiz partir de qualquer presunção, em decorrência do artigo 5.<sup>o</sup>, inciso LVII, da nova Constituição da República.

A consideração histórica da "presunção de inocência" também é de grande relevância para extrairmos o exato sentido do novo preceito constitucional, motivo pelo que damos a palavra ao ilustre prof. Weber Martins que, citando Giuseppe Betiol, assinalou com inteira propriedade: "A presunção de inocência nasceu como uma idéia-força a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa. Estabelecendo que o absolvido por falta de prova era presumido inocente, a regra atingia sua finalidade prática, como idéia-força, sem subverter a lógica. Pois uma coisa é declarar que não se considera culpado quem não foi condenado, como o fizeram os escritores medievais, e outra, bem diferente, é afirmar que o réu se presume inocente até que seja condenado" (ob. cit. págs. 26/27).

Destarte, impõe-se uma interpretação fecunda do novo preceito expressamente inserido na nova Constituição, sendo certo que ele já se encontrava implícito em todo o anterior sistema constitucional, vez que a enumeração das garantias individuais jamais excluiu a aceitação de outras decorrentes do regime e princípios que se possam extrair do texto, através de um processo de abstração sistemático.

Por derradeiro, importa refutar posições isoladas no sentido de que o preceito do artigo 5.<sup>o</sup>, inciso LIV, seria um óbice constitucional ao sistema de prisão

provisória regulado no vigente Código de Processo Penal. Dispõe a norma citada que "ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Cuida-se da consagração em sede constitucional do histórico e universal princípio do "due process of law", cujo sentido atual e evolutivo é exposto com absoluta clareza pela ilustre Prof.<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, em sua clássica monografia intitulada "Liberdade Pública e Processo Penal", São Paulo, Saraiva, 1976, págs. 25/30.

O que a norma constitucional tutela é a legalidade das formas processuais, bem como a adoção pelo legislador ordinário de garantias mínimas aos réus, concebidos como sujeitos de direitos e não mero objetos de investigação autoritária por parte do Estado.

Ora, a prisão cautelar em nada viola o princípio do "devido processo legal", nada obstante o contraditório se instaurar após a consumação ou deferimento da medida urgente. Concebida a "cláusula liberal" com o seu exato sentido, não fica sequer proibida a prisão preventiva no curso do inquérito, antes da instauração do processo, desde que obedecidas as normas processuais que disciplinam esta forma prévia de tutela cautelar.

A própria Constituição prevê expressamente a possibilidade de decretação judicial de prisão provisória, desde que resultante de ordem escrita e fundamentada de juiz competente. O artigo 5.º, inciso LXI, não faz qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar.

Encerrando estas breves notas, chamamos a atenção para o risco de interpretações açodadas, mais comprometidas com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão madura de todo o sistema normativo processual. Afastemos o ranço do espírito conservador, sem ficarmos, entretanto, tomados pela sedução de ingênuas aventuras.